

DR 29 660

Me gustaría, profesor Carballo, que me aclarara dos cosas. Pues no acabo de entender muy bien ese planteamiento en el momento preconstituyente, ni veo claramente a qué extremos podría referirse ese posible documento. A mí me pareció fácil de entender.

Si nos atenemos a las peculiaridades de la vida personal de cada una de las dos personas que van a emprender una vida común, que va a ser distinta de cada una de las dos vidas anteriores aisladas, y quieren establecerlas sobre bases sólidas. Pero en el afán de aclarar cosas, veamos posibles contenidos del proyecto y los límites impuestos por el ordenamiento positivo. Entre los ámbitos tendríamos que considerar el ámbito del trabajo individual, el ámbito de las amistades individuales, el ámbito de la libertad individual.

Entre los límites extremadamente difusos, habría que considerar a los mencionados expresa y terminantemente en el artículo 1328 del Código Civil, que también comprende tres aspectos. Las estipulaciones contrarias a la ley, las estipulaciones contrarias a las buenas costumbres, las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges. Eso que ha llamado segundo acto, o aposentamiento de la rutina conyugal, ¿cómo lo configura? Como un simple período de aclimatación, de encaje entre dos individualidades distintas que puede granar en un resultado armónico y superior ese producto cada vez más extraño de una pareja compenetrada y que se lleva bien, y en la cual casi ninguno de los dos es consciente de las personales parcelas individuales a las que ha renunciado para amoldarse al otro.

Ni tampoco, qué parcelas de su individualidad han perdido su sentido para formar parte del acervo común, constituyendo este período de acomodación y reajuste de las dos individualidades para pasar a formar una sola unidad distinta, el resultado final de lo que he llamado rutina concorde. Mientras que el fracaso en esa tarea de acomodación dará lugar a la existencia de una rutina discorde que a la larga, por cuanto implica de fracaso en el intento, suele terminar en la separación o en el divorcio. Así contemplada la situación, la apertura final del último acto, cuando cada uno de los dos protagonistas se ha convencido del fracaso del intento y ya no quiere seguir manteniendo una apariencia que cada día se le hace más cuesta arriba, busca la solución por el camino de lo que se podría llamar el camino del medio o el también llamado divorcio remedio para suavizar la enorme sensación de fracaso abriendo una nueva puerta a la esperanza aunque ello sea sin demasiado fundamento.

Pero profesor Álvarez Carballo, ¿qué ha dejado entonces para lo que usted mismo ha llamado tercer acto? Uy, mi querida Charo, la verdad es que la existencia de un fracaso matrimonial que culmina en la obtención del divorcio no es algo equivalente ni semejante a la muerte. Los dos cónyuges divorciados tienen que vivir muy frecuentemente en la misma ciudad aun en el caso de ser posible cambiar de barrio no es tan frecuente que sea posible cambiar de ambiente de trabajo o de profesión y finalmente quedan algunos problemas originados por la comunidad inicial a los que hay que hacer frente alimentos a los hijos, utilización del viejo hogar familiar es decir, los extremos a que se refieren los artículos 81, 86 y 90 del código civil teniendo siempre

muy presente la monitoria advertencia que se establece en el artículo 92 del mismo cuerpo legal. Perdóneme, profesor Carballo, pero esto último me parece algo así como escaparse por la puerta falsa.

Lo siento, no me gusta esa conclusión si bien debo advertir eres muy dueña de pensar lo que quieras pero creo se me permita manifestar mi discrepancia con esa conclusión aunque la argumentación me lleve inevitablemente a una especie de recapitulación o de resumen. La distribución de papeles en el seno del matrimonio implica la consagración de dos realidades que pretenden combinarse aunque ello no sea fácil. Por una parte, la existencia de dos individualidades distintas de carácter personal.

Por otra parte, la existencia de una aspiración a una comunidad de vida y al logro y satisfacción de unos intereses supraindividuales a los cuales no se puede tirar por la ventana con la única base de haber fracasado el germen que inicialmente les dio vida. Los hijos no tienen la culpa del fracaso matrimonial de los padres. El fracaso de la aventura matrimonial puede haber provocado graves perjuicios a uno de los dos implicados de forma peculiar y eso aun cuando, en otra medida, sean los dos igualmente afectados por el fracaso.

El derecho de visita y la obligación de alimentos no desaparecen por la sola existencia del divorcio. Y de esta forma, ya creo, queda claramente especificada la originación de unas peculiares relaciones personales de carácter patrimonial y familiar que tienen que ser afrontadas ya individualmente y vienen a ser como los restos del naufragio. Pues ya nada más.

Muchísimas gracias, Profesor Carvallo, por su colaboración, como siempre, en la Revista de Derecho. Y ya, para finalizar, interviene el Profesor Emérito de Filosofía del Derecho don Antonio Fernández Galeano que va a explicar las características del realismo jurídico. Les dejamos con el Profesor Fernández Galeano.

Buenas noches. Buenas noches. Vamos hoy a hablar en esta charla de filosofía del derecho de una cuestión que, naturalmente, pertenece a la materia de la que ustedes van a dar cuenta en las próximas pruebas presenciales del mes de febrero.

Me refiero al realismo jurídico. Con esta expresión de realismo jurídico se entiende un conjunto de corrientes de pensamiento que han sido desarrolladas en el presente siglo, comenzando allá hacia los años 20 aproximadamente, y que se manifiesta en dos direcciones. El llamado realismo jurídico americano y el realismo jurídico escandinavo.

Debo adelantar que, a pesar de que ambos se denominan realismo jurídico, entre ellos no hay demasiadas conexiones, ni personales ni doctrinales, ni siquiera cronológicas. El realismo jurídico escandinavo es muy posterior al realismo jurídico americano. Lo que ocurre es que, en una y en otra corriente, se manifiesta una misma tendencia, que es la que permite esa expresión común, que es la tendencia a considerar que el derecho ante todo y sobre todo es algo que se proyecta sobre la vida, sobre la realidad, y que, por consiguiente, la explicación del derecho tiene que venir también desde esta perspectiva de realidad, olvidándonos de los

intentos de explicación metafísica o a través de intuiciones o de referencias a circunstancias que no están en esa realidad concreta.

Esa referencia a la realidad, insisto, es lo que hace que la expresión realismo jurídico sea aplicable tanto al grupo americano como al grupo escandinavo. Digamos también que no debe considerarse nunca como escuela, ni como una escuela en su conjunto, que podría llamarse escuela realista del realismo jurídico, ni tampoco como escuela americana o escandinava. No, la palabra escuela requiere otras circunstancias que no sean en ellos, es decir, requiere una continuidad en la doctrina, un magisterio por parte de alguien y un discipulado por parte de quien recibe ese magisterio y no se dan ni en Norteamérica ni en Escandinavia.

De modo que se trata de un conjunto de pensadores que coinciden en una serie de aprehensiones básicas a las que luego dan naturalmente sus desarrollos personales, pero no pasa de ahí y por tanto, insisto, no parece que sea procedente atribuirles el nombre de escuela. Vamos a referirnos separadamente al realismo jurídico americano y al realismo jurídico escandinavo, adelantando, por supuesto, que vamos a hacer una referencia muy somera en cuanto que el examen circunstanciado de una y otra corriente nos llevaría muchísimas horas. Por consiguiente, vamos a referirnos a en el caso del realismo jurídico americano a las afirmaciones más básicas, más fundamentales hechas por sus principales representantes y en el caso del realismo jurídico escandinavo a ofrecer una serie de características o puntos capitales de su doctrina.

Vamos, por consiguiente, con el realismo jurídico americano. El iniciador del mismo es una figura muy venerada y muy venerable en el pensamiento americano que se llama Oliver Wendell Holmes que es un hombre que vivió muchos años, nació en 1841, murió en 1935 de manera que vivió nada menos que 96 años. 96 años.

Fue juez de la Corte Suprema y este dato de ser juez fue seguramente el que le proporcionó una visión pragmática del derecho una visión realista del derecho que luego llevaría a su propia doctrina. Otro nombre importante es el de Roscoe Pond otro longevo murió con 94 años y los nombres de Jerome Frank y Carl Jeving. En todos ellos se manifiesta por supuesto una actitud claramente antimetafísica, es decir el derecho no debe explicarse ni justificarse apelando a fundamentos ideales y ni siquiera a morales, sino que tiene que explicarse por la vida misma, por los hechos reales sobre los que se proyecta por los actos y comportamientos de los jueces y de los funcionarios relacionados con la justicia.

Hay una intervención de Holmes del juez Holmes muy importante que se produce ante los estudiantes de Derecho de la Universidad de Boston y en una conferencia que se llama La Senda del Derecho y que ha venido a considerarse como por así decirlo una carta fundacional del realismo jurídico americano y de otras tendencias vecinas en ella es donde Holmes establece las bases capitales de su pensamiento y hace allí una afirmación importante, una definición del derecho diciendo entiendo por derecho las previsiones de lo que harán los tribunales de las decisiones de los jueces. Es importante hacer una breve reflexión sobre esta

definición del derecho que da Holmes. Efectivamente dice el derecho es una predicción sobre las futuras actuaciones de los jueces y por juez tiene un sentido muy amplio el juez es también el funcionario administrativo es toda aquella persona que tenga que ver con la administración de justicia.

Es decir que en esta postura como ven ustedes de lo que trata Holmes es de es de bueno colocarse frente al derecho de tal manera que aprecie las dimensiones reales del mismo. El derecho el derecho desemboca en las decisiones judiciales y esas decisiones judiciales son las que crean el mismo derecho. Hay una frase graciosa de Holmes, o por lo menos curiosa que dice que debe someterse el derecho al derecho a un baño de ácido cínico.

Quería decir con esto que debemos hacer un análisis del derecho desde esta perspectiva sin miedo a afrontar las consecuencias que resulten de ese análisis. Es decir con la franqueza y la resolución con que actúan los cínicos. Para Pound que es el otro personaje al que antes me refería Roscoe Pound el derecho tiene un claro sentido histórico.

Ahora bien no un sentido histórico en el sentido o en la forma en que lo entendió Savigny ya saben ustedes que según Savigny el derecho crece y se desarrolla en cada pueblo en cada sociedad en virtud del impulso interno que le proporciona al Volksgeist, el espíritu popular. Pues bien, no es esta la historicidad del derecho que descubre Pound. Para Pound el derecho es histórico efectivamente en el sentido de que se desarrolla no como no como un elemento natural como lo considera Savigny sino como un edificio.

Los hombres van construyendo ese edificio para satisfacer las aspiraciones humanas y ese edificio continuamente está precisando ser reparado, ser restaurado ser acomodado, ser ajustado a la marcha de esas necesidades humanas. De manera que el derecho se construye pensando en las necesidades que viene a cubrir dentro del grupo social. Y por eso dice Pound en una obra, en una afirmación muy muy gráfica, que el derecho es una obra de ingeniería social.

Es decir, lo mismo que un ingeniero construye un puente con el fin de que a través del mismo se pueda salvar un valle se pueda salvar un río de alguna manera los hombres del derecho los operadores jurídicos construyen el derecho obra de ingeniería social por tanto, para salvar las dificultades que la vida misma presenta para ajustarse lo más posible a esa vida en que el derecho se desarrolla. Y en un sentido muy parecido, estoy expigando, expigando sencillamente afirmaciones básicas de estos autores del realismo jurídico americano para que vean ustedes la coincidencia en un sentido muy parecido Levin distingue entre las reglas en el papel y las reglas efectivas Las reglas en el papel son aquellas normas que bueno que aparecen en las leyes en los códigos, en las gacetas, en los boletines oficiales y las reglas efectivas son aquellas que ciertamente que de verdad, que en efecto se aplican luego en las sentencias y en la solución de los conflictos Es decir, para Levin el modo como los jueces establecen sus fallos es el siguiente El juez, ante un caso que se le presenta bueno, medita sobre el mismo y él ya se formula una decisión a sí mismo Él ya bueno, elabora impectore, digámoslo así en conciencia,

su sentencia Y luego lo que hace sencillamente es buscar dentro de las normas jurídicas en el papel dentro de las normas jurídicas establecidas por la comunidad buscar aquellas en las que pueda apoyar su sentencia Pero el fallo ya ha sido formulado, el fallo ya lo ha pensado él Lo otro es bueno, revestir la sentencia de una de una regularidad formal basarla y justificarla con las normas jurídicas las normas jurídicas en el papel, las reglas en el papel, puesto que las reglas efectivas él ya las ha aplicado Esas reglas efectivas son el auténtico fundamento de su sentencia Son reglas que probablemente no se mencionarán jamás pero que han sido las que de verdad y en efecto han llevado a cabo el fundamento de la sentencia del juez Bien, ahí tienen ustedes tres ejemplos de Holmes, de Roppound y de Levin como tres manifestantes del realismo jurídico americano y cierro la exposición con una consideración de carácter general El realismo jurídico americano es, no hay que decirlo usted ya lo ha advertido, una postura antimetafísica que proscribe toda explicación del derecho por apelación a realidades suprapositivas por esto mismo es también antidusnaturalista el derecho natural no tiene sentido puesto que el derecho natural no está en la realidad no es algo que se manifieste de un modo efectivo en la realidad Ahora bien si es antidusnaturalista podemos decir entonces que es positivista parece que eso es lo que habría que afirmar en cuanto que el binomio positivismo y naturalismo ha sido siempre un binomio de una profunda antinomia luego si estos doctores son antidusnaturalistas serán positivistas pues no, pues lo curioso es que no es así, puesto que reconocen todos ellos que el fenómeno jurídico es distinto del derecho puesto por el legislador y eso es lo que afirma precisamente el positivismo, el positivismo jurídico dice que todo el derecho es el puesto el establecido, el formulado por el legislador y precisamente como hemos visto en los en el repaso que hemos hecho estos autores, resulta que aquí no, aquí el derecho puesto por el legislador a veces no es más que un mero adorno como dice Levin de las reglas en el papel de modo que curiosamente siendo antidusnaturalista no puede ser calificado en cambio de positivismo yo diría para cerrar que la nota que caracteriza esta corriente es el pragmatismo es decir el pegarse al terreno el ajustarse de una manera directísima a la realidad cotidiana pragmatismo que a fin de cuentas está muy de acuerdo con el mismo espíritu de la de la forma de vida americana que como sabemos tan pragmática es y pasamos a la segunda parte del realismo jurídico escandinavo el realismo jurídico escandinavo es una corriente aparecida en Suecia primero y después en Dinamarca apareció en las en el primer cuarto del presente siglo y está constituida fundamentalmente digo fundamentalmente es decir hay otros pero de menos talla por tres autores Herström y Oliver Krona que son suecos y Ross que es danés no es posible como dije al principio analizar la doctrina de cada uno por lo que nos vamos a limitar a subrayar puntos de vista compartidos por todos ellos en el bien entendido que cada uno de estos autores posee un sistema propio de manera que coinciden estos puntos de vista que vamos a decir pero luego sus desarrollos les llevan a conclusiones muy distintas y en algunos casos incluso contradictorias entre ellas estos puntos de vista son los siguientes estos elementos comunes en primer lugar su carácter en vista no hay otra realidad que la que se manifiesta en fenómenos espaciotemporales por tanto no hay más proposiciones científicas que las que pueden ser verificables por la realidad espaciotemporal estamos aquí en una afirmación típica del neopositivismo no hay más verdades que aquellas que sean verificables o comprobables por la realidad espaciotemporal es decir que se den en esa realidad del espacio y

del tiempo y sean comprobables por ella en segundo lugar y consecuentemente con la anterior no existen los derechos subjetivos ni los deberes los derechos subjetivos y los deberes donde están están en esta realidad espaciotemporal no en absoluto que son entonces son un espejismo son un fenómeno psíquico colectivo los hombres se imaginan que tienen facultades y obligaciones pero esas imaginaciones son unas creaciones fantásticas y arbitrarias puesto que insisto no se dan en esa realidad empírica por tanto un conocimiento científico del derecho tiene que renunciar a esas fantasías y tiene que atenerse exclusivamente a la realidad empírica a los hechos examinando el derecho como hecho que es por cierto esta expresión el derecho como hecho el título de una de las obras de Oliver Cronan claro si el derecho se reduce a los hechos en el derecho hay que descubrir todo elemento valorativo de modo que la ciencia jurídica queda limitada a una mera descripción de los hechos de los fenómenos jurídicos en cuarto lugar estos autores realizan una crítica del just naturalismo y del positivismo jurídico nos encontramos aquí en una posición parecida a la que hemos visto en el realismo jurídico americano tanto se oponen al just naturalismo como al positivismo jurídico efectivamente estos autores escandinavos dicen no se puede aceptar que el derecho provenga de la voluntad de Dios así interpretan ellos el just naturalismo digamos entre paréntesis que el just naturalismo no siempre es teónomo es decir no siempre apela a Dios pero en fin ellos hacen una reducción un poco simplista de todo el sistema just naturalista y dicen que ni se puede aceptar que el derecho provenga de la voluntad de Dios ni tampoco de la voluntad del Estado en este caso estaría el derecho positivo que efectivamente emana de la voluntad del Estado esto dice Ross es mágico e irreal creer en una voluntad divina o en una voluntad estatal no tiene sentido y es un producto de la pura imaginación en el caso de la voluntad estatal dice Ross porque el concepto de Estado es ya un concepto jurídico de modo que el derecho es un prius anterior al Estado si el derecho no es la expresión de una voluntad divina ni de una voluntad humana la pregunta que nos tenemos que formular de inmediato es esto cual es entonces la realidad del derecho si solo podemos atenernos a la realidad empírica en que hechos se sustenta el derecho cuando hablamos de una norma jurídica que hechos nos apoyan para decidir si una norma está vigente o no está vigente en definitiva estos interrogantes son el producto a que necesariamente se llega ante la contemplación de las tesis de los autores a estas preguntas se dan en los autores que hemos comentado una diversidad de soluciones que en las que por supuesto no podemos entrar aquí pero que dan muestra de la fuerte personalidad que tienen los autores del realismo jurídico escandinavo que han llegado a influir también en otros autores ajenos a aquella área geográfica como por ejemplo en algún autor italiano como Norberto Bobbio que en algunas doctrinas sigue muy de cerca a estos autores del realismo jurídico americano muchas gracias Esto ha sido todo por esta noche en Revista de Derecho que estuvo centrada en el desarrollo de las materias de quinto curso volveremos a ocuparnos de ellas en el mes de marzo el día 26 pasadas ya las primeras pruebas presenciales de nuevo estaremos con todos ustedes el próximo viernes para ofrecerles los temas correspondientes al primer curso de carrera una vez más les recuerdo la fecha del debate que tendremos en el mes de febrero el viernes 12 y el número de teléfono para sus consultas relacionadas con los programas de radio el 3986083 con el prefijo 91 si la llamada es desde fuera de Madrid la programación de la UNED continúa hasta las 11 de la noche con el informativo semanal y el

curso de acceso nosotros nos despedimos aquí dándole las gracias por su atención y compañía
les habló Charo López de Haro buenas noches y feliz fin de semana